Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

X.

Ueber die Wechſelſeitigkeit des Sportelcredits in Proceſſen armer Parteien mit vermögenden Gegnern.

Von

Herrn Dr. Joh. Bapt. Sartorius,

Privatdocenten der Rechte in Zürich.

Gans [1]) hat bekanntlich die Behauptung aufgeſtellt: daß die durch Ertheilung des Armenrechtes bewilligte Sportelfreiheit eines Armen die gleiche Freiheit auf Seite ſeines vermögenden Gegners in dem nämlichen Proceſſe zur Folge haben müſſe. Ihm gegenüber hat Linde [2]) dieſe Behauptung beſtritten, und erſt noch in der jüngſten Zeit einen beifälligen Anhänger an Martin [3]) gefunden, welcher meint, Gans ſey mit Recht getadelt worden, daß er glaube, der Sportelcredit der einen Partei gebühre ohne Weiteres auch der andern. So ſchätzbar Linde's Unterſuchung, beſonders in geſchichtlicher Beziehung iſt, ſo ſcheint doch im Ganzen das von ihm gewonnene Reſultat irrig zu ſeyn, und ich halte die Acten über dieſen Gegenſtand auf dem Gebiete der Wiſſenſchaft noch nicht für geſchloſſen. Dieſe meine Ueberzeugung hat den gegenwärtigen Aufſatz veranlaßt.

1) Zeitſchrift für Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover (Hannover 1826) Bd. 1. H. 1. S. 26 u. f.

2) Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß (Gießen 1827 u. f.) Bd. 1. H. 1. S. 57 u. f.

3) Lehrbuch des teutſchen gemeinen bürgerlichen Proceſſes (11. Ausg. Heidelberg 1834) §. 10. Note e.

Gans mag ſeiner an ſich (in thesi) richtigen Lehre nicht die gehörige Begründung (in jure) gegeben haben. Das Hauptgeſetz, auf welches dieſer Rechtsgelehrte ſich beruft, iſt eine Verordnung des Kaiſers Anaſtaſius, L. 6. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) folgenden wörtlichen Inhalts:

»Cum quidam per leges sacrasque constitutiones, alii »per speciales largitates sibi praestita privilegia praetendunt, »tam super sportulis pro conventionibus usque ad certam »quantitatem praebendis, quam super expensis litium vel »minuendis, vel penitus non agnoscendis: per hanc legem »decernimus, ut quicunque hujusmodi privilegio munitus est, »vel postea talem praerogativam quolibet modo meruerit, »sciat et si quos ipse, utpote obnoxios sibi pro quacunque »criminali vel civili causa constitutos, in accusationem de»duxerit, hos nihilominus hisdem privilegiis potituros; quo»niam non est ferendum, eos qui praefatas praerogativas »(ut jam ante latum est) praetendunt, aliquid plus ab ad»versariis suis quaerere concedi, quam ipsi ab aliis pulsati »facere patiantur: ita scilicet ut haec quidem forma modis »omnibus observetur super privilegiis per liberalitates, vel »generaliter quibusdam officiis, aut scholis, seu dignitatibus »vel specialiter certis personis praestitis, vel postea prae»bendis: sive hoc ipsum expressim principalibus dispositio»nibus, vel affatibus insertum, sive praetermissum sit vel fuerit.«

Von Linde wird gegen die Folgerungen, welche Gans gezogen hat, im Weſentlichen Folgendes eingewendet:

1) Bei den Römern genoßen viele Perſonen gänzliche oder theilweiſe Sportelfreiheit [4]). Dieſe Befreiung war ein

4) L. 28. §. 2. L. 33. § 5. Cod. de episcop. et cler (1. 3.) L. 29. §. 1. Cod. de episcop. audient. (1. 4.) L. 7. §. 5. 6. Cod. de advoc. diver. jud (2. 8.) L. 12. §. 1. 4. Cod. de prox. sacror. scrin. (12. 19.) L. 8. Cod. de princip. agent. in rebus. (12. 22.) L. 18. §. 2. Cod. de re milit. (12. 36.) Auth. sed. hodie. Cod. de episcop. et cler. (1. 3.) Nov. 123. cap. 28 in f.

Privilegium, welches nicht Armen, als ſolchen, ſondern gewiſſen Ständen und Inſtituten ertheilt war, und nicht einen einſtweiligen Sportelcredit bis zum etwaigen Eintrittt guter Vermögensumſtände, ſondern eine völlig definitive Immunität mit ſich brachte. Von dieſem Privilegium, welches in Folge der Geſetze (per leges sacrasque constitutiones) oder beſonderer Gnade (per speciales largitates) Jemanden zuſtehen konnte, ſpricht die angeführte *L.* 6, und ſie beſtimmt, daß, wenn ein Privilegirter einen Nichtprivilegirten verklagt habe (in accusationem deduxerit), dieſer in dem erhobenen Proceſſe, der rechtlichen Gleichheit wegen, ebenfalls die Sportelfreiheit genießen ſolle. Das Geſetz paßt alſo gar nicht auf unſer modernes Armenrecht. Ueber die Armen finden ſich im römiſchen Rechte andere, wenn gleich wenig genaue Beſtimmungen, nach welchen es ſcheint, daß ſie Sportelfreiheit genoſſen haben [5]), ſo wie es gewiß iſt, daß ihnen nöthigen Falls Advocaten von Amtswegen beigegeben wurden [6]). Dieſe Befreiung von den Gerichtsſporteln hat aber ihren Grund nicht in einem Privilegium, ſondern in der factiſchen Unmöglichkeit, von dem Armen Etwas zu erlangen, und in der Verbindlichkeit des Staats, auch dem Unvermögenden Rechtshülfe zu leiſten [7]).

2) Das kanoniſche Recht enthält blos den allgemeinen Grundſatz: daß der Richter von Jenen, die notoriſch arm ſind, keine Koſten erheben ſoll [8]).

3) Nach dem teutſchen Rechte gibt Armuth keine definitive Sportelfreiheit, ſondern nur ſo lange Credit oder

---

5) L. 13. §. 9. Cod. de jud. (3. 1.) Nov. 17. cap. 3. Nov. 112. cap. 3.

6) L. 9. §. 5. Dig. de off. procons. (1. 16)

7) Dieß ſcheint überſehen zu ſeyn von Bethmann Hollweg in dem Handbuche des Civilproceſſes (Bonn 1834). Abthl. 1. Bd. 1. §. 20.

8) Cap. 11. §. 4. de rescript. in VI. (1. 3)

Stundung, bis die arme Partei vermögend wird [9]). Dadurch iſt die römiſche Immunität ganz aufgehoben. Linde verbreitet ſich weiter über den Grund des Armenrechts und über die Mittel wider ſeinen Mißbrauch, und beruft ſich auf die Praxis, aus welcher hervorgeht, daß in Teutſchland das Armenrecht weder als Privilegium betrachtet wurde, noch daß der wohlhabende Gegner eines Armen den Sportelcredit ebenfalls in Anſpruch nehmen kann [10]).

Dieſe Sätze ſollen hier dahingeſtellt bleiben, Linde ſtellt jedoch noch zwei andere beachtungswerthe Anſichten auf:

I) Befreit der Staat in einzelnen Fällen oder auch einzelne Klaſſen oder Perſonen durch Privilegien von der Tragung der Gerichtskoſten, ſo kann, nach Linde's Meinung, hieraus ein Dritter, der mit der befreiten Perſon zu Gericht gehen muß, ein Recht auf eine ähnliche Befreiung eben ſo wenig herleiten, als es in der Natur der Privilegien liegt, daß Jeder, der mit einem Privilegirten in Berührung geräth, verlangen kann, für den Fragefall eben ſo privilegirt behandelt zu werden, als der Gegner.

II) Wird Jemand auf den Grund ſeiner Armuth hin von den Proceßkoſten befreit, ſo kann im Allgemeinen der nichtarme Gegner eine Reciprocität, nicht in Anſpruch nehmen, weil jener Grund nicht bei ihm vorhanden iſt, und auch nicht übertragen werden kann. Iſt indeſſen der Gegner der armen Partei ſelbſt dürftig, ſo gebührt ihm freilich die nämliche Befreiung, allein nicht des Gegners, ſondern der eigenen Armuth wegen.

Der erſte Satz, ſo wie er ſteht, kann nicht geläugnet werden. Privilegien ſind individuelle Geſetze, ſie ſind

9) Kam. Ger. Ord. von 1521. Tit. 25. §. 1. Kam. Ger. Ord. v. 1555. Th. 1. Tit. 41. §. 1 u. 2. Tit. 78. Reichs-Abſch. v. 1566. §. 105. Kam. Ger. Ord. v. 1594. §. 27. (23.) Deput. Abſch. v. 1600. §. 6.

10) Es kömmt aber darauf an, ob die geprieſene Praxis richtig ſei (?); denn eine fehlerhafte Praxis entſcheidet nicht. Arg. L. 12. Dig. de off. praes. (1. 18.) L. 13. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.)

(wenn ſie den perſönlichen angehören) auf das privilegirte Subject beſchränkt, und erſtrecken ſich nicht über dieſes hinaus auf Dritte, ſelbſt wenn dieſe ſich in denſelben Verhältniſſen befinden, wie der Privilegirte, oder wenn ſie mit dieſem in Wechſelwirkung und Conflicte gerathen. Privilegien ſind ferner Ausnahmen von der Regel (Abweichungen vom Geſetze und ſogar Störungen deſſelben), ſie dürfen alſo nicht ausdehnend oder weiter, als der Buchſtabe der Verleihung lautet, verſtanden und genommen werden [11]). Die Lehre von den Privilegien iſt jedoch, nach Linde's eigenen Aeußerungen, auf das Armenrecht nicht anwendbar, da dieſes unter dieſe Rubrik nicht gehört, und eine nothwendige und gerechte Folge der Armuth iſt.

Der zweite Satz iſt ebenfalls richtig. Der vermögende Gegner eines Armen wird nicht wegen Armuth von den Koſten befreit, weil bei ihm dieſe nicht vorhanden iſt; er genießt das, lediglich aus der eigenen Armuth einer Partei hervorgehende Armenrecht nicht. Allein es fragt ſich: Wird der vermögende Gegner nicht aus andern Gründen (außer der Armuth), des bloßen Conflictes mit einem Armen und der damit verbundenen Umſtände wegen, der Koſten überhoben? Genießt er nicht in dieſem Falle den Sportelcredit, welcher zwar bei dem Armen auf der Armuth beruht, aber mit dem Armenrechte keineswegs identiſch iſt, und als Folge einer ganz andern Urſache auch bei Vermögenden eintreten kann? Müſſen nicht Armer und Vermögender, wenn ſie mit einander proceſſiren, in Bezug auf die Koſten gleich behandelt werden, Jeder aus einer andern Veranlaſſung? — Daß das Armenrecht nicht wechſelſeitig ſeyn ſoll, wird hier ſogleich zugegeben; allein nicht davon handelt es ſich, ſondern von der Wechſelſeitigkeit des Sportelcredits.

Im Allgemeinen wird man finden, daß ſchon die recht-

11) L. 3. Dig. de constit. princip. (1. 4.)

liche Gleichheit der Parteien dieſe Wechſelſeitigkeit fordert. Das Rechtsgefühl wird dadurch beleidigt, daß, während man den Einen ohne Opfer ſtreiten läßt, der Andere ſich Auslagen gefallen laſſen muß, und damit ſogleich von vornen herein die Bilanz wider ſich hat. Auf dieſe Weiſe erhält der Arme eine Waffe, wodurch er, beſonders in der Rolle eines Klägers, dem Vermögenden ſchädlich wird; ſelbſt wenn dieſer ſiegt, geſchieht es nicht ohne pecuniäre Niederlage, und Jener hat den Triumph, ſeinem Feinde Koſten aufgenöthigt zu haben, die nicht erſetzt werden. Es fehlt auch nicht an Beiſpielen, daß Arme, auf dieſen Vortheil pochend, Andere mit Proceſſen bedroht oder heimgeſucht, und einen gehäſſigen Zweck erreicht haben. Linde hat dieß Alles geprüft und zu widerlegen geſucht, ihm ſtehen indeſſen noch ſpecielle, von ihm gar nicht berührten Gründe entgegen.

Es wird hier nöthig, etwas weiter auszuholen. — Während des Laufes eines Proceſſes muß bekanntlich jede Partei die durch ihre Anträge veranlaßten Koſten zahlen. Iſt der Proceß beendigt, ſo iſt der Beſiegte verbunden, dem Sieger die von dieſem gezahlten Koſten zu erſetzen, und er ſoll demnach von dem Richter zu dieſem Erfolge verurtheilt werden. Die Vergleichung der Koſten iſt eine Ausnahme von dieſer allgemeinen Regel, und nur durch Mißbrauch in der Praxis ſo häufig geworden [12]). Die Natur der Sache ſpricht für dieſes Verfahren. So lange nämlich der Proceß noch ſchwebt, iſt es ungewiß, wer von beiden Theilen Recht

12) Die entgegengeſetzte Meinung iſt widerlegt, wird aber noch gelehrt bei Biener (systema processus judiciarii et communis et Saxonici. Edid. Siebdrat et Krug. Berolini et Lipsiae 1814. Tom 1. §. 45): «Compensatio expensarum pro regula, condemnatio pro exceptione sit.» Vgl. dagegen Reinhardt: Handbuch des gemeinen teutſchen ordentlichen Proceſſes (Stuttgart 1823 und 1824) Th. 2. §. 320 u. f. Linde: Lehrbuch des teutſchen gemeinen Civilproceſſes (3. Ausg. Bonn 1831). §. 119. Martin: Lehrbuch des Proc. §. 39.

oder Unrecht habe; ſie müſſen alſo hinſichtlich der nothwendigen pecuniären Opfer gleich behandelt werden, in der Art, daß jeder die Koſten der durch ſeine Initiative hervorgerufenen Handlungen übernimmt. Iſt dagegen der Proceß entſchieden und ſomit erledigt, ſo weist das Urtheil nach, daß der darin bezeichnete Sieger das Recht auf ſeiner Seite habe, ſein Gegner aber bisher — wenigſtens objectiv — ungerecht ſtritt. d. h. ohne allen oder doch ohne hinreichenden Rechtsgrund. Nach den Grundſätzen über den Schadenserſatz müſſen alſo Jenem die gemachten Auslagen von Dieſem erſetzt werden, damit er nicht durch fremdes Verſchulden einen Verluſt leide, der ihm ſeinen Sieg verkümmert, oder vielleicht gar, wenn die Koſten den Werth des Streitgegenſtandes erreichen, unnütz macht. Wollte man die Sache ganz ſtreng nehmen, ſo würde der Beſiegte auch das lucrum cessans erſetzen, ſofort Verzugszinſen zahlen müſſen. In den Geſetzen iſt die obige Anſicht wohl begründet [13]). Sie iſt allgemein, und gilt in Proceſſen der Vermögenden mit ihres Gleichen und mit Armen; denn die Meinung älterer Proceſſualiſten, daß der Gegner eines Armen verbunden ſey, für dieſen in die Koſten einzutreten (!), iſt längſt außer Kurs geſetzt 14).

Hieraus ergibt ſich, daß während des noch ſchwebenden Proceſſen die Koſten von den Parteien keineswegs definitiv und unbedingt (pure) gezahlt werden, ſondern man muß annehmen, daß ſie nur vorläufig und widerruf-

13) §. 1 n f. Instit. de poena temere litig. (4. 16.) L. 79. pr. Dig. de jud. (5. 1). Arg. L. 17. Dig. de tut. et ration distrah. (27. 3.) L. 13. §. 6. Cod. de jud. (3. 1.) L. 11. Cod. de test. (4. 20.) L. 4 et 5 Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51). L. 6. §. 2. Cod. de appell. (7. 62.) Nov. 49. cap. 1. Nov. 82. cap. 10. Cap. 4. X. de poenis (5. 37.) Cap. 11. §. 8. de rescript. in VI. (1. 3.) Kam. Ger. Viſit. Abſch. v. 1713. §. 82.

14) Gönner: Handbuch des teutſchen gemeinen Proceſſes (Erlangen 1804 u. f.) Bd. 1. Abhandl. 24, §. 4. Reinhardt: Handb. des Proc. Th. 2. §. 328.

lich gegeben, daß ſie einſtweilen auf Credit vorgeſchoſſen oder ausgelegt werden. Die Zahlung iſt offenbar mit der Reſolutivbedingung des Rückerſatzes auf den Fall des Sieges verknüpft. Nur allein zu dieſer bedingten Zahlung, als einer ſolchen, ſind die Parteien verbunden und vom Richter anzuhalten. Jeder Theil wird ein bedingter Gläubiger und Schuldner des andern; Gläubiger in Anſehung deſſen, was er ſelbſt, und Schuldner in Anſehung deſſen, was der Andere vorſchoß [15]). Der Richter ſetzt dieſe Bedingung nicht in jedem ſpeciellen Falle, da er Koſten erhebt, ausdrücklich feſt, und geht mit den Zahlenden keinen eigenen Vertrag unter dem erwähnten Vorbehalte ein. Dieß iſt aber auch nicht nöthig. Denn die Geſetze, deren Diener der Richter iſt, haben ſchon im Allgemeinen für alle zukünftige Fälle dieſe Bedingung ausgeſprochen, und wollte nur die Partei den Richter ſpeciell um die Bedeutung der Zahlung fragen, ſo würde er keine entgegengeſetzte Auskunft geben können. Es mögte hier die Erörterung vermißt werden, ob der Richter als Vertragsperſon oder in einem andern Civilnexus erſcheine; es wäre aber gefehlt, das Verhältniß, welches ein ſtaatsrechtliches iſt, nach dem Civilrechte bemeſſen und romaniſiren zu wollen. Der Richter erſcheint bei der Koſtenerhebung während des Proceſſes als ein Staatsbeamter oder politiſcher Agent, der im Namen des Staates von der Partei eine indirecte, von ihr nach Umſtänden widerrufliche Steuer einzieht.

Die Lehre von den Bedingungen gibt uns die weiteren Aufſchlüſſe. — Bedingung, im eigentlichen Sinne, iſt diejenige Nebenbeſtimmung eines Rechtsgeſchäftes, durch welche deſſen Beſtand von dem Eintritt oder Nichteintritt einer

15) L. 54. Dig. de verb. signif. (50. 16.) „Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat.

noch ungewiſſen künftigen Thatſache [16]) abhängig gemacht wird. Dieſer Begriff erwahrt ſich vollkommen in dem vorliegenden Falle. Die Zahlung erfolgt nämlich unter der geſetzlich ſtatuirten Nebenbeſtimmung, daß ſie erſt dann definitiv werden ſolle, wenn derjenige, welcher gezahlt hat, den Proceß verloren haben wird, daß ihm aber, wenn er obſiegt, die gezahlte Summe von dem Beſiegten reſtituirt werden ſoll, ſobald das Endurtheil rechtskräftig iſt.

Von einem zum Armenrecht Belaſſenen muß als ausgemacht angenommen werden, daß er die Proceßkoſten *nicht* zahlen oder erſetzen *könne*, indem er das dazu erforderliche Vermögen nicht beſitzt. Im entgegengeſetzten Falle darf ja Niemanden das Armenrecht ertheilt werden. Wenn daher ein Vermögender mit einem Armen ſtreitet, ſo ſtellt die erwähnte Bedingung, daß dem Erſteren, als Sieger, die ausgelegten Koſten von dem Beſiegten wieder erſetzt werden ſollen, ſich als eine *unmögliche* dar.

Die unmöglichen Bedingungen werden eingetheilt in die *phyſiſch*, *juriſtiſch* und *moraliſch* unmöglichen. Die phyſiſch unmöglichen Bedingungen ſind ſolche, welche den Geſetzen der Natur oder der Erfahrung widerſtreiten, und factiſch nicht realiſirt werden können. Die juriſtiſch unmöglichen Bedingungen haben das Characteriſtiſche, daß ſie dem (geſchriebenen oder ungeſchriebenen) Rechte widerſtreiten, und

16) *Sell* (Verſuche im Gebiete des Civilrechts. Gießen 1833 u. 1834. Th. 2. §. 1) gebraucht den Ausdruck „*Ereigniß*," wodurch der Begriff beengt zu werden ſcheint. Ereigniß bedeutet nämlich eine ſolche Thatſache, die unabhängig von menſchlichem Willen und Freiheitsgebrauche aufkommt, z. B. ein Gewitter, im Gegenſatze der *Handlung*, als einer aus freiem Entſchluſſe producirten Thatſache. *Sell's* Definition paßt alſo, ſtreng genommen, nur für die ſogenannte *Conditio casualis*, nicht aber für die *Conditio potestativa*, was vermieden wird durch das Wort „*Thatſache*" (factum), welches in ſeiner allgemeinen Bedeutung Ereigniſſe und Handlungen gleichmäßig umfaßt.

alſo ohne Rechtswidrigkeit nicht zu erfüllen ſind. Unter die moraliſch unmöglichen Bedingungen endlich rechnet man die den Regeln der Sittlichkeit oder des Anſtandes zuwiderlaufenden (contra bonos mores [17]).

Es wird nicht ſchwer halten, zu zeigen, daß die dem Koſtenvorſchuſſe inhärirende Bedingung in dreifacher Hinſicht als eine unmögliche angeſehen werden muß.

Daß der Zahlungsunfähige zahle, d. h. daß Jemand außer Stand ſey, zu zahlen, und zugleich eine Zahlung bethätige, iſt eine wahre phyſiſche (factiſche) Unmöglichkeit. Eher möchte man aus einem trockenen Schwamme Waſſer drücken, als aus einer leeren Taſche Thaler ſchütteln. Die erwähnte Bedingung iſt ferner auch juriſtiſch unmöglich. Ihre Realiſirung verſtößt gegen das geltende Recht, weil es unerlaubt iſt, einem Armen ſein nothdürftiges Beſitzthum, ſo wie Alles, wo die Menſchlichkeit Schonung gebietet, rückſichtslos abzupfänden, und den ſiegreichen Gegner damit bezahlt zu machen [18]). Beſonders begünſtigt ſind in dieſer Hinſicht Perſonen, welchen die Rechtswohlthat der Competenz zuſteht. Auch eine moraliſche Unmöglichkeit iſt hier im Spiele; denn wer kann läugnen, daß es unmoraliſch ſey, wenn der Sieger in einem Proceſſe durch hartherzige Hinwegnahme der letzten Nothpfennige ſeines beſiegten Gegners ſich ſchadlos zu halten ſucht? Dieß bewährt ſelbſt das Evangelium [19]). Ueberhaupt iſt jede juriſtiſche Unmöglichkeit zugleich eine moraliſche, weil das Moralgeſetz die Rechtsgeſetze in ſich enthält, und weiter geht, als dieſe. Zu dem poſitiven Rechte geht freilich dieſes Verhältniß verloren, wenn jenes die Moral ignorirt [20]). Dieſer Fall

17) Sell, Verſuche Th. 2. §. 2.

18) Puchta, der Dienſt der teutſchen Juſtizämter oder Einzelrichter (Erlangen 1829 u. 1830). Th. 2. §. 250.

19) Matth. Kap. 18. V. 23—35.

20) L. 144. pr. Dig. de reg. jur. (50. 17) Sell, Verſuche. Th. 2. §. 4.

kömmt aber hier nicht vor. Endlich — um noch Alles zu erſchöpfen — iſt die fragliche Bedingung auch noch lächerlich: denn kaum gibt es wohl Etwas durch Ungereimtheit Ergötzlicheres, als Anweiſungen oder Vertröſtungen auf leere Kaſſen. Lächerliche Bedingungen werden zu den moraliſch unmöglichen hinzugezählt, weil auch ſie gegen die guten Sitten (die Convenienz) verſtoßen [21]). — Speciell ſubſumirt übrigens die L. 35. pr. Dig. de verb. oblig. (45. 1.) den Fall: »si stipulor ut detur, quod dari non potest", unter den Begriff einer Unmöglichkeit (»quod natura fieri non concedit«).

Nur noch eine Bedenklichkeit dringt ſich hier auf: ob man nämlich bei dem Zahlungsunfähigen die Rückerſtattung der Koſten für unmöglich annehmen könne, da es ja doch denkbar iſt, daß er vielleicht noch in der Folge zahlungsfähig werde. Auf ein hinſichtlich ſeines Eintrittes ungewiſſes und der Zeit nach ſo unbeſtimmtes Ereigniß, wie das Erlangen beſſern Glückes iſt, kömmt es jedoch ganz und gar nicht an. Für den Begriff der Unmöglichkeit einer Bedingung iſt (bei Geſchäften unter Lebenden) der Zeitpunkt entſcheidend, da ſie geſetzt wird [22]). Eine im Augenblicke ihrer Beifügung unmögliche Bedingung gilt rechtlich für immer als unmöglich, ohne Rückſicht, ob ſie vielleicht (?) factiſch noch möglich werden könne, und die abſolut unmögliche kömmt mit der relativ unmöglichen darin überein [23]). Sollte aber immer noch ein Zweifel zurückbleiben, ſo werden doch ſelbſt die bedächtigſten Skeptiker zugeben, daß die Bedin-

21) L. 14. Dig. de condit. instit. (28. 7.) L. 71. pr. Dig. de legat. I. (30.)

22) L. 78. pr. Dig. de verb. oblig. (45. 1.) „Si filius familias, sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit: quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus." L. 137. §. 6. ibid. L. 144 §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

23) Sell, Verſuche. Th. 2. §. 9—11.

gung, ſich im Falle des Obſiegens wegen der ausgelegten Koſten an einem Armen zu erholen, höchſt ſchwierig zu realiſiren und beinahe unmöglich iſt. Bedingungen aber, wenn die Schwierigkeit ihrer Erfüllung an die Unmöglichkeit gränzt (conditiones *quasi* v. *pene* impossibiles) ſtehen den unmöglichen gleich [24]).

Demnach iſt ſo viel hergeſtellt, daß, wenn ein Vermögender während eines Proceſſes mit einem Armen Sporteln zahlt, die Zahlung unter einer unmöglichen Bedingung erfolgt. Eine unmögliche Bedingung iſt aber gar keine Bedingung im eigentlichen Sinne. Das Weſen einer Bedingung beſteht in der Ungewißheit der zur Bedingung geſetzten Thatſache; es muß bei ihr irgend ein Mal ein Schweben (pendere) Statt finden. Was unmöglich iſt, von dem iſt ſogleich und ohne Prävention einer Zweifelhaftigkeit (ich möchte beinahe ſagen: *a priori*) gewiß, daß es nicht zur Exiſtenz gedeihe; die Bedingung ſchwebt alſo nie, ſie iſt defect, ſie exiſtirt nicht, und daß eine precäre zukünftige Möglichkeit nach den Geſetzen nicht in Betrachtung komme, iſt ſo eben geſagt worden. Aus dem nämlichen Grunde fehlender Ungewißheit gehören auch die Conditiones in praesens vel in praeteritum collatae und die Conditiones necessariae eigentlich nicht zu den Bedingungen. Was nämlich der Gegenwart oder der Vergangenheit bereits verfallen iſt, deſſen Exiſtenz oder Nichtexiſtenz iſt an ſich objectiv gewiß, wenn ſie gleich manchen Perſonen unbekannt iſt, und dieſe darüber ſubjectiv in Ungewißheit ſind. Die Conditio necessaria drückt ſchon durch ihr Prädicat ihre Gewißheit aus [25]).

---

24) L. 2. Dig. de his, qui effud. vel dejec. (9. 2.) L. 55. Dig. fam. hercisc. (10. 2.) L. 6. Dig. de condit. instit. (28. 7.) L. 4. §. 1. Dig. de statu liberis. (40. 7.) *Mevii* decis. p. 4. dec. 198. not. 1 et 2. Sell, Verſuche. Th. 2. §. 59. Note 2.

25) Sell, a. a. O. §. 5.

Das Vorangeſchickte bildet für uns die Brücke zu einem überzeugenden Grunde für die Wechſelſeitigkeit des Sportelcredits. — Zu einer unbedingten, definitiven Zahlung der Proceßkoſten iſt, während des Proceſſes, keine Partei verbunden; — da nun die Zahlung eines Vermögenden, einem Armen gegenüber, ſich als unbedingt und definitiv herausſtellt, — ſo kann ſie dem Vermögenden nicht zugemuthet werden; er iſt von Rechtswegen, im Laufe des Proceſſes, eben ſo von den Sporteln befreit, wie ſein armer Gegner. Nur das Motiv iſt verſchieden. Jener zahlt nicht, weil er, als etwaiger künftiger Sieger, den Erſatz nicht erlangen kann, dieſer, weil er nichts hat (weil er zum Armenrechte belaſſen iſt).

Nebſtdem folgt aus der Lehre von den Bedingungen noch ein ferner anwendbarer Grund für meine Anſicht: Alle Rechtsgeſchäfte unter Lebenden (Contracte, Quaſicontracte ꝛc.) werden durch Hinzufügung einer unmöglichen Bedingung ganz und gar ungültig [26]). Die Bedingung wirft das Hauptgeſchäft um; hier ſcheint alſo nicht der Satz zur Anwendung zu kommen: accessorium sequitur principale, ſondern vielmehr der umgekehrte principale sequitur accessorium, ſoferne man nicht nur Nebenſachen, ſondern auch Nebenbeſtimmungen den Acceſſorien beirechnet. Die Verletzung dieſes Rechtsſatzes iſt indeſſen nur ſcheinbar, weil hier die Bedingung nicht außerweſentlich, ſondern in die Hauptſache verwachſen und ihr einverleibt iſt. — Nun wird man doch gewiß zugeſtehen, daß die Partei zu einer, vermöge der inhärirenden unmöglichen Bedingung ungültigen Zahlung nicht angehalten werden dürfe, und daß ſie dieſelbe eben ſo gut verweigern, als auch das bereits Gezahlte als Nichtſchuld zurückfordern könne.

Irrig erklärt es Linde für einen bloßen Zufall, daß der Vermögende von dem Armen die Koſten nicht erlangen

26) Sell, a. a. O. §. 6. 15 u. f.

kann, und bringt gegen Erſteren die Rechtsregel in Anwendung: casum sentit dominus. Zufall heißt im Allgemeinen jede unvorhergeſehene oder unabwendbare Begebenheit [27]). Die Thatſache der Armuth iſt zwar für den Richter und die vermögende Partei ein Zufall, Beide ſind daran unſchuldig; aber theils kömmt es darauf nicht an, theils folgt daraus, daß der Vermögende gerade deßwegen, weil er außer Schuld iſt, von der Armuth des Gegners keinen Verluſt haben ſoll. Auch iſt der Vermögende nicht der „*Dominus*" der Armuth, und das „*Sentire*" derſelben iſt alſo nicht ſeine Sache. — Hier kömmt es darauf an, ob der Ausfall an Koſten und die Unmöglichkeit, Erſatz zu nehmen, für den Vermögenden zufällig ſind. Die Entſcheidung fällt negativ aus, denn dieſe Sachenlage iſt nicht unvorhergeſehen oder fataliſtiſch. Es ließ ſich während des Proceſſes nicht anders erwarten, als daß der Arme, wenn es am Ende bei ihm auf Erſatz ankommen werde, nicht zahlen könne. Dieſer Mißſtand war auch nicht unabwendbar. Denn hätte der Richter von dem Vermögenden keine Koſten vorſchießen laſſen, ſo wäre die Verlegenheit nicht eingetreten. Es läßt ſich hier weder ein „Factum" noch ein „Casus major, cui humana infirmitas resistere non potest" annehmen, nachdem doch der Richter abſichtlich die Proceßkoſten erhoben, nachdem er die eine Partei „cum causae cognitione" zum Armenrechte belaſſen, und dadurch von ihrer Zahlungsunfähigkeit amtliche Kenntniß erlangt hat. Wollte man aber durchaus einen Zufall annehmen, ſo könnte es nur

27) L 11. §. 5. Dig. de minor (4. 4.) — quod *fato* contingit. L. 2 §. 1. Dig. de peric. et commodo rei venditae (18. 6.) — „*Fatale* damnum vel *vis magna*." L. 15. §. 2. Dig. loc. cond. (19. 2.) — „Omnem *vim*, cui resisti non potest." L. 25 § 6. ibid. — *Vis major*, quam Graeci θεὸν βίαν id est *vim divinam* appellant." L. 24. §. 4. Dig. de damno infect. (39. 2.). — „*violentia* ventorum, vel qua alia ratione, quae *vim* habent *divinam*." L. 1 §. 4. Dig. de oblig. et act. (44. 7.) — majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest."

ein durch Schuld des Richters veranlaßter ſeyn (casus mixtus), und der Richter wäre dann zum Erſatze verbunden [28]).

Iſt nun die Rechtsregel: casum sentit dominus, hier nicht anwendbar, ſo paßt vielmehr der Grundſatz: daß Niemand mit oder aus dem Schaden eines Andern ſich bereichern darf [29]). — Hätte der Richter das Recht, die Proceßkoſten unbedingt und definitiv, vor dem rechtskräftigen Urtheile zu erheben, dann würde der Verluſt des Zahlenden rechtmäßig ſeyn, und dieſer könnte ſich nicht über eine Unbill beklagen [30]). Allein dem Richter ſteht die Koſtenerhebung in dieſer Art nicht zu. Denkt man ſich nun den Fall, daß ein Vermögender gegen einen Armen den Proceß gewonnen, und bisher die Koſten getragen habe, ſo erſcheinen dieſe nunmehr zur Ungebühr (in injuriam victoris) gezahlt; der Vermögende erleidet, wenn kein Erſatz geleiſtet wird, einen unrechtmäßigen Verluſt, und der Richter oder der von ihm repräſentirte Staat darf das von dem unrechten Mann eingezogene Geld nicht behalten. Indem er es nämlich behielte, würde er die Maxime bethätigen: „weil Derjenige nicht zahlen kann, welcher dazu verbunden iſt, ſo bürde ich die Laſt dem Unſchuldigen auf, und behalte, vermöge einer eminenten Machtvollkommenheit, das bedingt vorgeſchoſſene Geld unbedingt in meiner Kaſſe, die kein Opfer wieder gibt.“ — Hierin offenbart ſich eine nie zu entſchuldigende Frivolität, und der Staat zerreißt ſo das Recht, anſtatt es zu erhalten und zu ſchützen; er iſt Egoiſt und Beſitzer in böſem Glauben, auf welchen es übrigens gar nicht ankömmt [31]); denn die Thatſache der Bereicherung allein

28) L. 5. §. 4. Dig. commod. (13. 5.) L. 11. §. 1 et 4. Dig. locat. cond. (19. 2.)

29) L. 17. §. 4. Dig. de instit. act. (14. 3.) L. 6. §. 2. Dig. de jure dot. (23. 3.) L. 206. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 48 de reg. jur. in VI. Sell, Verſuche Th. 1. S. 1 u. f.

30) L. 55. 151. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

31) L. 132. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

reicht hin, um auf ſeiner Seite die Verbindlichkeit zum Erſatze zu begründen [32]).

Daß der im Richter vorgeſtellte Staat wirklich durch die bezogenen Koſten bereichert ſey, läßt ſich mit Grund nicht beſtreiten. Die Staatscaſſe hat einen Zuſchuß, ein Mehr erlangt, das Staatsvermögen iſt gewachſen, und darin beſteht die Bereicherung, die Summe mag jetzt groß oder klein ſeyn. Die Bereicherung wird immer liquid und keines Beweiſes bedürftig ſeyn. Die Geſetze fordern aber nicht einmal einen poſitiven Vermögensanwachs, die Erſparung nothwendiger Ausgaben (der negative Gewinn) ſteht denſelben ganz gleich [33]).

Man könnte einwenden, daß durch die Zurückzahlung erſt wieder der Staat beſchädigt werde; allein das Hingegeben fremden Geldes involvirt keinen Verluſt, und der Erſatz des zur Ungebühr Genommenen führt für den Erſetzenden keinen rechtlichen Schadensanſpruch herbei. Auch iſt hier die Rechtsregel zu bedenken: daß, wenn von zwei Theilen der eine um Gewinn, der andere um Vermeidung eines Verluſtes ſtreitet, im Zweifel für letzteren entſchieden werden muß [34]), folglich hier für die Partei. Nöthigen Falls mag dann der Staat an die Armencaſſe den Rückgriff nehmen.

Als Reſultat ergibt ſich alſo: daß der vermögenden Partei, wenn ſie während des Proceſſes mit einem Armen die Koſten gezahlt und obgeſiegt hat, der Staat das Bezogene wiedergeben muß. Dieſem Grundſatz folgt ganz richtig das oldenburgiſche Proceßreglement vom 15. März 1824, §. 6. Nun frage ich aber: hat hier nicht der Richter unnöthiger Weiſe ſich mit der Einnahme und Verrechnung geplagt, und ohne

32) L. 1. §. 15. Dig. depos. (16 3.) — „in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, et si dolus non intervenit.“

33) L. 47. §. 1. Dig. de solut. (46. 3.) — „hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est.“

34) Sell, Verſuche Th. 1. S. 104. §. 41.

Noth der Partei das Geld eine Zeit lang entzogen? Warum ſoll er einnehmen und buchen, wenn zu beſorgen iſt, daß dieß Alles vergeblich ſey, und wenn das Hin- und Herzahlen füglich vermieden werden kann? Es iſt offenbar beſſer, daß man während des Proceſſes den Vermögenden eben ſo wenig Etwas zahlen läßt, als den Armen, daß man alſo den Sportelcredit wechſelſeitig gibt. Verliert in der Folge der Vermögende den Proceß, ſo muß er alsdann ſämmtliche Koſten definitiv zahlen, gewinnt er ihn, ſo zahlt er auch jetzt nichts, und es fällt, weil ihm früher keine Koſten abgenommen wurden, der Erſatz hinweg; die Sache iſt ohne Weiteres im Reinen. So muß es, meiner Meinung nach, ſelbſt dann gehalten werden, wenn der Arme bereits Ausſichten auf künftiges Vermögen hat. Denn ſein Gegner iſt blos dann zum Vorſchuſſe der Koſten verbunden, wenn er ſie in dem Momente der eingetretenen Rechtskraft des obſieglichen Urtheils baar wiedererlangen kann, und braucht ſich nicht über dieſen Dies hinaus auf ferne Zeiten und ungewiſſe Hoffnungen verweiſen zu laſſen [35]). Ob dieſe Anſichten vielleicht auch den Kaiſer Anaſtaſius bei der angeführten L. 6. Cod. de fruct. et lit. expens. geleitet haben, will ich nicht entſcheiden; die Wechſelſeitigkeit des Sportelcredits ſcheint übrigens ihren Rechtsgründen nach, gegen Linde, erwieſen zu ſeyn. Finanzrückſichten mögen vielleicht bei der practiſchen Anwendung der Theorie im Wege ſtehen, aber dieſe ſollen dem guten Rechte nie über den Kopf wachſen, und können auch in der Regel anderweitig ausgeglichen werden.

35) Einige Andeutungen hierüber gab ich ſchon in den „Beiträgen zur Geſetzgebung und practiſchen Jurisprudenz", herausgegeben von Zu-Rhein (München 1827, dann Würzburg 1828) Bd. 2. S. 255.